



An den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes

v@bka.gv.at

An das Präsidium des Nationalrates

Dr. Karl Renner Ring, 3

1017 Wien

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 21.6.2017

Stellungnahme des Fundraising Verbands Austria Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der Fundraising Verband Austria gibt zum oben angeführten Entwurf des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 folgende Stellungnahme ab:

Allgemeine Bemerkungen

Die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ist als so genannte „hinkende Verordnung“ in vielen Bereichen durch mangelnde Bestimmtheit und somit umfangreichen Interpretationsbedarf geprägt.

Die DSGVO erfordert aufgrund ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit zwar keine Umsetzung in das nationale Recht des jeweiligen Mitgliedstaats, in Fällen in denen die DSGVO Öffnungsklauseln enthält, können die Mitgliedstaaten jedoch – wie in Erwägungsgrund 8 der DSGVO ausgeführt – Teile der DSGVO in das nationale Recht aufnehmen. Dies soweit es erforderlich ist, um die Kohärenz zu wahren und um die nationalen Rechtsvorschriften für die Personen, für die sie gelten, verständlicher zu machen. Im Entwurf hat man sich gegen die Ausschöpfung dieser Möglichkeiten entschieden.

Damit wird die ohnehin schon – in vielen unmittelbar anwendbaren Bereichen der DSGVO (die keiner Öffnungsklausel zugänglich sind) - bestehende Rechtsunsicherheit prolongiert. Eine eventuell in späterer Folge Ausschöpfung von Öffnungsklauseln in diversen Materiengesetzen, wird zu einer Zersplitterung der Rechtsmaterie Datenschutzrecht führen und den Rechtsanwender vor die Herausforderung stellen, gleichzeitig die DSGVO, das DSG 2018 und die diversen „leges speciales“ kennen und anwenden zu müssen.

In der aktuellen Legislaturperiode wurde die gemeinnützige Arbeit von Non Profit Organisationen (NPOs) durch die Auferlegung immer neuer Verpflichtungen (z.B. durch die automatisierte Spendendatenweiterleitung, die Einführung der Registrierkassenpflicht) wesentlich erschwert. Viele gemeinnützige Einrichtungen stoßen bereits jetzt an ihre personellen und finanziellen Grenzen.

In Anbetracht des hohen Maßes an erforderlichen Implementierungsanforderungen in NPOs durch die Datenschutz-Grundverordnung und das Datenschutz-Anpassungsgesetz, fordert der Fundraising Verband Austria, Dachverband der spendenwerbenden Organisationen, die Entwicklung von

umfassenden Guidelines und eine umfangreiche Beratungstätigkeit durch die Datenschutzbehörde um die erforderliche Rechtssicherheit im Umsetzungsprozess zu gewährleisten. Dies ist essentiell um den NPOs ihre für die gesamte Zivilgesellschaft bedeutende Arbeit weiterhin zu ermöglichen.

Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen

A. Berechtigte Interessen des Verantwortlichen vs. überwiegende berechtigte Interessen des Verantwortlichen

Gemäß Art 6 Abs. 1 lit f DSGVO liegt eine rechtmäßige Verarbeitung dann vor, *wenn „die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen...“*.

Die Ausgestaltung von Art. 6 Abs 1 lit f wurde im Rahmen des DSGVO Verhandlungsprozesses von österreichischer Seite als Unterschreitung des bisherigen Schutzniveaus angesehen, da der Verantwortliche künftig - im Gegensatz zur bisherigen nationalen Rechtslage – keine überwiegenden Interessen mehr nachweisen müsse. Bei einem Gleichstand der Interessen, würde der Betroffene in der Praxis die Beweislast für überwiegende Interessen auf seiner Seite auferlegen. Da sich die österreichische Position jedoch letztendlich in diesem Punkt nicht durchsetzen konnte, muss darauf hingewiesen werden, dass § 1 des Datenschutz-Anpassungsgesetzes in der aktuellen Fassung nicht dem Text der Verordnung entspricht.

Der § 1 des Datenschutz-Anpassungsgesetzes sieht in seiner aktuellen Fassung vor, dass Beschränkungen u.a. „im überwiegenden berechtigten Interesse eines anderen“ zulässig sind. Nach dieser Formulierung müsste daher nach wie vor der Verantwortliche sein überwiegendes berechtigtes Interesse darlegen – und nicht, wie nach DSGVO, die betroffene Person, dass ihre Interessen überwiegen. Die Bestimmung befindet sich somit im Widerspruch zu Artikel 6 Abs. 1 lit f DSGVO. Abweichungen sind mangels einer Öffnungsklausel unzulässig. Diese Bestimmung ist daher zu streichen, oder an den Wortlaut von Artikel 6 Abs. 1 lit f DSGVO anzupassen.

Hier ist auch darauf hinzuweisen, dass dem Betroffenen jederzeit ein Widerspruchsrecht gegen Verarbeitungen die auf Basis von Artikel 6 Abs. 1 lit f DSGVO zukommt und seine Rechte ausreichend gewahrt sind. Die umfangreichen – in der DSGVO vorgesehenen – Informationspflichten tragen zudem dafür Sorge, dass der Betroffene auch umfassend über die vorgenommenen Datenverarbeitungen informiert ist.

B. Beziehung zwischen Spendenorganisationen und Spendern muss weiterhin möglich bleiben

Die Einordnung in eine Spender-Zielgruppe fällt nicht unter Artikel 22 der DSGVO, da eine solche Einordnung gegenüber den Spendern weder eine rechtliche Wirkung entfaltet noch diese in „ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“ werden.

Trotz dieser eindeutigen Rechtslage, scheint diesbezüglich innerstaatlich Unklarheit zu herrschen. So ist die Datenschutzbehörde (als künftige Ermittlungs- und Strafbehörde!) in ihrem jüngst publizierten Leitfaden, davon ausgegangen, dass bereits die Einordnung in eine Marketing-Zielgruppe unter den

Artikel 22 DSGVO fällt (und somit folglich grundsätzlich verboten wäre, außer einer der Erlaubnistatbestände des Abs. 2 käme zur Anwendung).¹ Diese Sichtweise wird durch die DSGVO nicht gedeckt.²

Eine zu restriktive Sichtweise würde jedenfalls die Beziehung zwischen Spendenorganisationen und Mitgliedern bzw. Nichtmitgliedern bzw. Förderern gefährden und letztendlich sogar das Ziel der vermehrten Steuergerechtigkeit durch die automatisierte Spendendatenweiterleitung konterkarieren.

Dem Schutz der Spender wird bereits bisher (und auch künftig) durch das (jederzeit) bestehende Widerspruchsrecht bzw. Recht auf Löschung sowie flankierende, telekommunikationsrechtliche Regelungen bestmöglich entsprochen.

Eine innerstaatliche Zulässigkeitsregelung, dass die Verarbeitung von Daten von Mitgliedern/Spendern/Förderern in den Datenbanken von NPOs nicht unter Artikel 22 Abs. 2 lit b DSGVO fällt, ist - unter der Ausnützung der entsprechenden Öffnungsklausel - dringend erforderlich.

C. Kommunikation zwischen jungen Menschen und NPOs muss weiterhin möglich bleiben

In Artikel 8 DSGVO wurde das „einwilligungsfähige“ Alter von Kindern in Bezug auf Online-Dienste/Dienste der Informationsgesellschaft mit 16 festgelegt. Wenn ein Online-Dienst einem (im Sinne der DSGVO) noch nicht einwilligungsfähigen Kind angeboten wird, ist der Dienstanbieter dazu verpflichtet, angemessene Anstrengungen zu unternehmen um sich zu vergewissern, dass die Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung erteilt wurde. Dies betrifft insbesondere Vereine, die sich um eine aktive Jugendarbeit kümmern.

Unter einem „Dienst der Informationsgesellschaft“ werden in der Regel entgeltliche Leistungen des elektronischen Fernabsatzes verstanden, dennoch können auch nicht kommerzielle/gemeinnützige Bereiche betroffen sein.³

Auf Grund einer in Artikel 8 DSGVO vorhandenen Öffnungsklausel, kann das einwilligungsfähige Alter auch auf bis zu 13 Jahren abgesenkt werden. Diese Möglichkeit sollte für die Informationstätigkeit von NPOs ausgeschöpft werden. Das Interesse von jungen Menschen an Themen aus dem Bereich der Gemeinnützigkeit und der Arbeit von NPOs ist erfreulicherweise sehr groß. Die Information und die Sensibilisierung von jungen Menschen über gesellschaftlich wichtige Anliegen, sind für die Arbeit

¹ Man beachte diesbezüglich auch die aktuelle Einschätzung der Article 29 Working Party, die nur die Erstellung von „behavioural or marketing profiles based on usage or navigation on its website“ und nicht allgemein die Einordnung in Zielgruppen besonders risikobehaftet ansieht. Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679.

² Hier ist auch darauf hinzuweisen, dass im Erwägungsgrund 47 der DSGVO klar festgehalten ist, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der „Direktwerbung“ ein berechtigtes Interesse darstellt.

³ So versteht man zwar in der Regel unter einem „Dienst der Informationsgesellschaft“ jede im elektronischen Fernabsatz und erbrachte Dienstleistung. Dennoch können auch nicht kommerzielle Tätigkeiten, wie jene von spendenwerbenden Organisationen, darunter fallen. Vgl. Burgstaller/Minichmayr, E-Commerce-Recht [2011] 93, wonach ein Dienst der Informationsgesellschaft zB eine aus kommerziellen und/oder nicht aus rein privat motivierten Gründen betriebene Website sein kann.

von NPOs von großer Bedeutung. Eine Nichtnutzung dieser Öffnungsklausel würde, auf Grund der breiten Interpretation des Rechtsbegriffes „Dienst der Informationsgesellschaft“ die Arbeit von gemeinnützigen/spendenwerbenden Organisationen unnötig erschweren.

Die Beibehaltung der Grenze von 16 Jahren als Alter für die Einwilligungsfähigkeit würde zudem der bisherigen österreichischen Rechtskultur widersprechen und durch unterschiedliche Altersgrenzen auch erhebliche praktische Schwierigkeiten herbeiführen.⁴

Der Fundraising Verband Austria spricht sich daher dafür aus, dass das Einwilligungsalter auf 14 Jahre abgesenkt wird.

D. Bestehende Einwilligungserklärungen müssen weiterhin gültig bleiben

Der Erwägungsgrund 171 zur DSGVO, bejaht die weitere Gültigkeit bereits bestehender Einwilligungen, wenn sie nach „ Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen dieser Verordnung entspricht“.

In Übereinstimmung damit führen die Erläuterungen zu § 76 des Entwurfes betreffend bisherige Zustimmungen aus, dass es bei Datenverarbeitungen die auf einer Zustimmung gemäß dem DSG 2000 beruhen, nicht erforderlich ist, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Zustimmung den Bedingungen der DSGVO entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO fortsetzen kann.

Die Beurteilung ob alte Zustimmungserklärungen auch die Anforderungen der DSGVO erfüllen, wird viele NPOs vor große Herausforderungen stellen. Zur Klärung dieser Frage, könnte man sich innerstaatlich etwa an dem deutschen Ansatz orientieren, wo eine rechtliche Klarstellung erfolgt ist und die Fortgeltung der bisher erteilten Einwilligungen festgelegt wurde.⁵

Auch ist darauf hinzuweisen, dass bereits bisher die Anforderungen an gültige Einwilligungserklärungen (Vgl. die bisherige Rechtsprechung des OGH) so streng waren, dass die Fortgeltung von Zustimmungserklärungen nach alter – auf Basis des DSG 2000 - erfolgten Zustimmungserklärungen, gewährleistet sein sollte.

Eine entsprechende Klarstellung dieser Tatsache sollte in den Erläuterungen erfolgen.

⁴ Die Geschäftsfähigkeit von mündigen Minderjährigen ist bereits ab 14 Jahren sehr umfangreich ausgestaltet. Die Beibehaltung der Altersgrenze von 16 würde dazu führen, dass mündige Minderjährige unter 16 für den Erhalt von Newslettern von NPOs, die Zustimmung ihrer Eltern einholen müssten.

⁵ Bisher erteilte Einwilligungen gelten fort, sofern sie der Art nach den Bedingungen der Datenschutz-Grundverordnung entsprechen (Erwägungsgrund 171, Satz 3 Datenschutz-Grundverordnung). Bisher rechtswirksame Einwilligungen erfüllen grundsätzlich diese Bedingungen.

Informationspflichten nach Artikel 13 Datenschutz-Grundverordnung müssen dafür nicht erfüllt sein, da sie keine Bedingungen im Sinne des genannten Erwägungsgrundes sind.

https://www.lidi.nrw.de/mainmenu_Service/submenu_Entschliessungsarchiv/Inhalt/Beschluesse_Duesseldorf_r_Kreis/Inhalt/2016/Fortgeltung_bisher_erteilter_Einwilligungen_unter_der_Datenschutz-Grundverordnung/Fortgeltung_bisher_erteilter_Einwilligungen_unter_der_Datenschutz-Grundverordnung1.pdf

E. Vermehrte Beratungsleistungen für NPOs durch die Datenschutzbehörde erforderlich

Die häufig sehr abstrakten formulierten Bestimmungen der DSGVO führen zusammen mit dem Datenschutz-Anpassungsgesetz dazu, dass nach dem 25.5.2018 für NPOs deutlich mehr Rechtsunsicherheit in Datenschutzfragen bestehen wird.

Bereits in der Vergangenheit hat es sich hier als Problem erwiesen, dass sich die Datenschutzbehörde regelmäßig als nicht dafür zuständig betrachtet hat, Beratungsleistungen an NPOs zu erbringen.

Gemäß Artikel 57 (1) c DSGVO hat die Aufsichtsbehörde im Einklang mit dem Recht des Mitgliedsstaats das nationale Parlament, die Regierung und andere Einrichtungen und Gremien über legislative und administrative Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen in Bezug auf die Verarbeitung beraten.

Der Kreis jener Einrichtungen, die künftig laut § 10 (1) Datenschutz-Anpassungsgesetz von der Datenschutzbehörde über legislative und administrative Maßnahmen beraten werden ist zu eng gezogen. Genannt werden aktuell nur der Nationalrat, Bundesrat, die Landesregierung. Laut Artikel 57 (1) c DSGVO könnten jedoch auch weitere Einrichtungen und Gremien über legislative und administrative Maßnahmen beraten werden.

Da die DSGVO den Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern deutlich mehr Eigenverantwortung aufbürdet ist es ist daher dringend erforderlich, dass die Datenschutzbehörde künftig dazu verpflichtet wird, Beratungsleistungen auch gegenüber anderen Gremien und Einrichtungen (wie etwa Interessenvertretungen von NPOs) zu erbringen. Dies ist letztlich auch auf Grund drastisch erhöhter Strafdrohungen dringend erforderlich.

F. Verpflichtende White-List als Nachfolger der Standard- und Musterverordnung

Im neuen Datenschutzrecht ist keine Möglichkeit für die Erlassung einer Standard- und Musterverordnung vorgesehen. Stattdessen hat die Datenschutzbehörde aufgrund von Art. 35 Abs. 4 DSGVO die Möglichkeit, eine Liste der Verarbeitungsvorgänge, für die eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist, zu erstellen und zu veröffentlichen. Die Datenschutzbehörde kann des Weiteren gemäß Art. 35 Abs. 5 DSGVO eine Liste der Arten von Verarbeitungsvorgängen erstellen und veröffentlichen, für die keine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist.

Diesbezüglich legt § 10 (2) Datenschutz-Anpassungsgesetz folgendes fest,

„Die Datenschutzbehörde hat die Listen nach Art. 35 Abs. 4 und 5 DSGVO im Wege einer Verordnung kundzumachen.“

In Anbetracht der Tatsache, dass sogar bezüglich der gerade nicht unter Artikel 22 der DSGVO fallenden Einordnung von Spendern in Zielgruppen von Seiten der Datenschutzbehörde offenbar Unklarheiten bestehen, ist die verpflichtende Erlassung und Kundmachung einer White-List jedenfalls dringend erforderlich und sollte nicht im Ermessen der Datenschutz-Behörde liegen.

Daher schlagen wir folgende Umformulierung des § 10 (2) Datenschutz-Anpassungsgesetzes vor:

§ 10 (2) Die Datenschutzbehörde hat Listen nach Art. 35 Abs. 4 und 5 DSGVO im Wege einer Verordnung kundzumachen.

Wenn klargestellt wird, dass die Datenschutz-Behörde jedenfalls verpflichtet ist, eine White-List zu erlassen, würde dies wesentlich zu einer erhöhten Rechtssicherheit beitragen.

Zudem sollte die Datenschutzbehörde jedenfalls unter Heranziehung der „alten“ Standard- Muster-Verordnung die bisherigen Standardanwendungen von der Verpflichtung zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung ausnehmen und in die White-List aufnehmen.

Aus Sicht des Fundraising Verbandes Austria ist es dabei dringend erforderlich die Datenanwendungen der bisherigen Standard-Anwendung SA003 Mitgliederverwaltung in die White-List aufzunehmen, da gerade diese für NPOs von besonderer Bedeutung ist.

Die Erstellung der Black und White-Listen müssen jedenfalls noch deutlich vor dem 25.05.2018 erfolgen, um den Verantwortlichen die Fertigstellung etwaiger Datenschutz-Folgenabschätzungen so zu ermöglichen, dass sie sich mit 25.5.2018 rechtskonform verhalten können.

G. Verbandsbeschwerdemöglichkeit und Schadenersatz

Der Entwurf setzt in § 17 Datenschutz-Anpassungsgesetz den Artikel 80 DSGVO um. Demnach können künftig *„betroffene Personen Einrichtungen, Organisationen oder Vereinigungen ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ordnungsgemäß gegründet sind, deren satzungsmäßige Ziele im öffentlichem Interesse liegen und die im Bereich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von betroffenen Personen in Bezug auf den Schutz ihrer personenbezogenen Daten tätig sind, damit beauftragen, in ihrem Namen eine Beschwerde einzureichen, in ihrem Namen die in den §§ 13 bis 16 genannten Rechte wahrzunehmen und das Recht auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen.“*

Während das grundsätzliche Recht im Namen der Beauftragung einer betroffenen Person Beschwerde zu erheben, unmittelbar aus der DSGVO resultiert, unterliegt das Recht Schadenersatzansprüche geltend zu machen, einer Öffnungsklausel und ist nach nationalem Recht zu beantworten. Von dieser Öffnungsklausel wurde im gegenständlichen Entwurf Gebrauch gemacht.

Dies ist jedoch abzulehnen. An die fachlichen Qualifikationen solcher Klage-NPOs werden keinerlei Anforderungen gestellt. Künftig wäre jede (nicht gewinnorientierte) Einrichtung die sich in ihren Statuten dem „Datenschutz“ verschrieben in der Lage, Schadenersatzansprüche zu verfolgen. Diese Form der „Winkelschreiberei“, mag sie auch nicht gewinnorientiert sein, ist abzulehnen. Zudem ist sicherzustellen, dass grundsätzlich nur inländischen Datenschutz-NPOs eine solche Verbandsbeschwerdemöglichkeit eingeräumt wird.

H. Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen

Zusätzlich zu Geldbußen, die gegen eine NPO wegen eines Verstoßes gegen das Datenschutzrecht bzw. wegen Überwachungs- und Kontrollversagen einer Führungskraft verhängt werden können, kann gemäß § 19 Abs. 3 Datenschutz-Anpassungsgesetz auch ein nach § 9 Verwaltungsstraf-Gesetz (VStG) bestellter verantwortlicher Beauftragter persönlich bestraft werden. Dies entspricht nicht der Zielsetzung der DSGVO, die nur eine Bestrafung für die juristische Person selbst vorsieht. Zwar kann die Datenschutzbehörde von einer Bestrafung der natürlichen Person absehen, wenn gegen die NPO bereits eine Strafe verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, nichtsdestotrotz steht diese Bestimmung des vorliegenden Entwurfs im Widerspruch zur DSGVO und kann daher nicht in nationales Recht umgesetzt werden.

I. Datenschutzbeauftragte können nicht verantwortliche Beauftragte sein

Der verantwortliche Beauftragte nach dem VStG muss zwar nicht zwingend der Datenschutzbeauftragte nach der DSGVO sein, nichtsdestotrotz wird dies in der Praxis die übliche Ausgestaltung sein und diese Verantwortlichkeiten daher in einer Person zusammengefasst werden. Die Guidelines der Art. 29-Gruppe zum Datenschutzbeauftragten halten diesbezüglich deutlich fest, dass der Datenschutzbeauftragte nicht Ziel der Geldbußen der DSGVO ist, wenn das Unternehmen einen DSGVO-Verstoß gesetzt hat. Die Regelung des Abs. 3 steht daher nicht nur im Widerspruch zu den Prinzipien der DSGVO wonach der Verantwortliche bzw. Dienstleister zu bestrafen ist, sondern auch im Widerspruch zu den Guidelines der Art. 29-Gruppe.

J. Unzulässige Verwaltungsstraftatbestände

Die DSGVO enthält im Bereich der vorgesehenen (Verwaltungsstraf-)Bestimmungen keine Öffnungsklausel, nichtsdestotrotz sieht § 69 des Entwurfes für bestimmte Tatbestände eine Geldstrafe von bis zu € 50.000,- vor. Diese Strafen sollen subsidiär zur DSGVO und zu anderen Verwaltungsstrafbestimmungen gelten. Aus den in den Erläuterungen angeführten „Kompetenzgrundlagen“ der DSGVO (Art. 6 Abs. 2 und 3 sowie Art. 23 DSGVO und Kapitel IX der DSGVO iVm Erwägungsgrund 10), lassen sich keine Rechtsgrundlagen für diese Strafbestimmungen ableiten. Hier liegt eine Kompetenzüberschreitung des Gesetzgebers vor, da mangels einer Öffnungsklausel keine Zuständigkeit des nationalen Gesetzgebers und somit keine Rechtsgrundlage für die Fortführung dieser Verwaltungsstrafbestände gegeben ist. Diese Bestimmung ist somit zu streichen.

Zudem scheinen Strafdrohungen bis zu € 50.000,- scheinen im Verhältnis zu der derzeit im DSG 2000 vorgesehenen Strafrahmen bis zu € 25.000,- überschießend.

K. Verstoß gegen das Günstigkeitsprinzip

In § 76 des Entwurfes zum Datenschutz-Anpassungsgesetz wird festgelegt, dass

... (5) Verletzungen des DSG 2000, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes noch nicht anhängig gemacht wurden, sind nach der Rechtslage nach Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes zu beurteilen [sind].

Gemäß den Erläuterungen zu § 76 Datenschutz-Anpassungsgesetz ist ein strafbarer Tatbestand, der vor dem Inkrafttreten des Datenschutz-Anpassungsgesetzes verwirklicht wurde, nach jener Rechtslage zu beurteilen, die für den Täter in ihrer Gesamtauswirkung günstiger ist.

Eine solche Regelung ist auch nach verwaltungsstrafrechtlichen Grundsätzen geboten. So legt § 1 (2) VStG fest, dass sich Strafen grundsätzlich nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht richtet, es sei denn, dass das zur Zeit der Entscheidung geltende Recht in seiner Gesamtauswirkung für den Täter günstiger wäre.

Da die Strafdrohungen der DSGVO erheblich strenger sind, als die des DSG 2000, würde die Beibehaltung des § 76 (5) des Entwurfes, das Günstigkeitsprinzip verletzen.

Eine entsprechende Regelung findet sich jedoch nicht im Gesetzestext und ist daher aufzunehmen.

L. Verwarnung statt Strafe

Der Fundraising Verband Austria begrüßt die in den Erläuterungen angesprochene Möglichkeit, dass unter den von der DSGVO vorgesehenen Voraussetzungen (Art. 83 iVm Erwägungsgrund 148 der DSGVO) bzw. nach dem VStG auch eine Verwarnung erteilt bzw. eine Ermahnung ausgesprochen werden kann.

Gerade NPOs mit ihren ehrenamtlichen Strukturen fehlt es oft an den erforderlichen finanziellen und personellen Ressourcen um sich mit juristisch komplexen Themen wie dem Datenschutzrecht im Detail auseinanderzusetzen. Auch aus diesem Grund hält der Fundraising Verband Austria die im VStG (§ 45) vorgesehene Möglichkeit der Ergreifung einer Ermahnung für besonders wichtig.

Nach Ansicht des Fundraising Verbandes Austria ist es jedenfalls dringend notwendig, von diesen Möglichkeiten gerade im Bereich der Tätigkeiten von NPOs großzügig Gebrauch zu machen. In nahezu allen Fällen wird durch eine Verwarnung die Wiederholungsgefahr gebannt werden, weswegen nicht gleich das Instrument der Geldstrafe bemüht werden muss (welche für gemeinnützige NPOs ähnlich wie für natürliche Personen in der Regel rasch existenzgefährdend sein könnte).

M. Absorptionsprinzip statt Kumulationsprinzip

Der Fundraising Verband lehnt die Beibehaltung des derzeit vorgesehenen Kumulationsprinzips ab und fordert eine Anwendung des Absorptionsprinzips analog zum Strafgesetzbuch. Nachdem ein einziges datenschutzrechtliches Fehlverhalten eine Vielzahl von Mitgliedern/Förderern/Spendern betreffen kann, könnten die Strafen ein unverhältnismäßiges Ausmaß annehmen, was in weiterer Folge existenzgefährdend für NPOs sein könnte.

Hier ist auch auf ein unlängst erstelltes Gutachten von Potacs/Raschauer zu verweisen, die festgestellt haben, das Kumulationsprinzip hier nicht zur Anwendung zu kommen hat, insbesondere nachdem die DSGVO in Art 83 Abs. 3 das Absorptionsprinzip als Maßstab für weitere Pönalen normiert.

N. Unzulässiges Verschuldensprinzip

Gemäß Art 83 Abs. 2 lit b DSGVO hat die Behörde Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Verstoßes gebührend zu berücksichtigen. Die Verhängung von Geldbußen ist demnach verschuldensabhängig, wobei die Unschuldsvermutung gilt. Dies ist ersichtlich von Amts wegen zu ermitteln. Damit ist die in § 5 VStG verankerte Verschuldensvermutung nicht zu vereinbaren. Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Verschuldensvermutung des § 5 Abs. 1 VStG bei hohen Strafen mit Art 6 MRK und Art 48 GRC nicht im Einklang steht.“

Der Fundraising Verband fordert daher sicherzustellen, dass die Verschuldensvermutung des §5 VStG keinesfalls so in die Auslegung und Anwendung der DSGVO übernommen wird.

O. Bundesverwaltungsgericht als Strafbehörde

Der Fundraising Verband lehnt die Einheit von Ankläger, Ermittler und Richter in Person der Datenschutzbehörde ab, nachdem diese Einheit den Prinzipien der Strafprozessordnung ebenso, wie auch dem Verwaltungsstrafrecht widerspricht. Der Fundraising Verband Austria schlägt vor, dass anstatt der Datenschutzbehörde das BVwG (zumindest ab einer gewissen Strafhöhe) als Strafinstanz eingerichtet wird.

Sollte diese Regelung jedoch aufrecht bleiben, so sieht der Fundraising Verband Austria einer diesbezüglich gerichtlichen Entscheidung auf europäischer Ebene gespannt entgegen.

P. Datenschutzrat

Der Datenschutzrat ist als das Beratungsgremium für die Bundesregierung und Landesregierungen zu rechtspolitischen Fragen des Datenschutzes in Österreich eingerichtet. Gemäß § 41 (2) Z 5 DSG 2000 kann der Datenschutzrat derzeit Auftraggeber des privaten Bereichs oder auch ihre gesetzliche Interessenvertretung zur Stellungnahme zu Entwicklungen von allgemeiner Bedeutung auffordern.

Um die Position des Datenschutzrates als Beratungsgremium zu stärken, sollte künftig Vertreter der Gemeinnützigkeit Repräsentanten in den Datenschutzrat entsenden können. Dazu bietet sich ein Vertreter des „Bündnis für Gemeinnützigkeit“, einen Zusammenschluss der führenden Verbände aus dem Gemeinnützigkeitssektors, an.

Mit dem Ersuchen um Berücksichtigung unserer Vorschläge verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen,



Dr. Günther Lutschinger

Geschäftsführer